

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Inkleding rechtmatigheidsverweer)

Borgers, M.J.

2014

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2014). *Case note: Hoge Raad (Inkleding rechtmatigheidsverweer)*, No. 106, Jan 21, 2014. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2014).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

HR 7 januari 2014, nr. 12/01845 en HR 21 januari 2014, nr. 13/00109

M.J. Borgers

1. Dat de Hoge Raad de lat hoog legt wanneer het gaat om het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen, mag genoegzaam bekend zijn. De recente rechtspraak van de Hoge Raad laat daarover geen misverstand bestaan (vgl. vooral HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308 m.nt. B.F. Keulen). Dat de lat hoog ligt, heeft consequenties voor de wijze waarop de verdediging verweren ter zake van vormverzuimen dient in te kleden. Men kan het als een frustrerende activiteit ervaren of er juist een mooie uitdaging in zien, maar men kan er niet omheen dat een verweer tot in de puntjes moet zijn toegesneden op de door de Hoge Raad in relatie tot artikel 359a Sv ontwikkelde criteria, wil het niet tot mislukken zijn gedoemd. De hierboven afgedrukte arresten illustreren dat.

2. In *NJ* 2014/106 draait het om de vraag of voorafgaand aan het binnentreden in een woning mededeling is gedaan van het doel van het binnentreden, overeenkomstig artikel 1 lid 1 Awbi. De plicht tot het doen van die mededeling geldt ook indien het binnentreden geschiedt met toestemming van de bewoner (HR 22 november 2011, *NJ* 2011/561). Zowel A-G Vegter als de Hoge Raad constateren dat het gerechtshof weliswaar heeft vastgesteld dat de verdachte voorafgaand aan het binnentreden toestemming heeft verleend voor het binnentreden, maar onvoldoende is ingegaan op het verweer dat niet tijdig mededeling is gedaan van het doel van het binnentreden. A-G Vegter concludeert daarom tot vernietiging, waarbij hij aangeeft dat na terugwijzing zal moeten worden onderzocht op welk moment die mededeling is gedaan. Van belang is immers of die mededeling is gedaan voordat dan wel nadat de toestemming is verleend. Indien niet eerst het doel van het binnentreden is medegedeeld, rijst de vraag of de bewoner wel kon overzien wat er te gebeuren stond en daarmee of de toestemming wel onmiskenbaar is gebleken (vgl. ook, met verwijzingen, onderdeel 7 van de noot onder HR 18 december 2012, *NJ* 2013/355).

De Hoge Raad gooit het over een andere boeg. Er behoeft geen cassatie plaats te vinden omdat het in hoger beroep gevoerde verweer slechts inhoudt dat er bewijsuitsluiting zou moeten plaatsvinden, terwijl ter zake van het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het door het vormverzuim veroorzaakte nadeel niet méér is aangevoerd dan dat anders mogelijk snel duidelijk was geweest dat niet degene die de politie zocht in de woning aanwezig was, maar de verdachte. Met die lange volzin speelt de Hoge Raad de zwartepiet door naar de verdediging. Waar A-G Vegter meent dat de rechter eerst moet onderzoeken wat de gang van zaken bij het binnentreden precies is geweest, alvorens te oordelen over de mogelijke consequenties in de sfeer van artikel 359a Sv, kiest de Hoge Raad – in lijn met rov. 3.7 in HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Y. Buruma – voor de benadering dat cassatie pas behoeft plaats te vinden wanneer het gevoerde verweer reeds zodanig is ingekleed dat, zou inderdaad blijken dat de vereiste mededeling te laat is gedaan, bewijsuitsluiting zou moeten plaatsvinden. Minimaal had dan door de verdediging moeten zijn gesteld dat, wanneer er wel tijdig mededeling van het doel van het binnentreden zou zijn gedaan, de toestemming niet zou zijn verleend, terwijl voorts

ook had moeten worden beargumenteerd waarom het gestelde vormverzuim tot bewijsuitsluiting zou moeten leiden. Dat laatste zou, juist in het licht van *NJ* 2013/308, geen sinecure zijn geweest, nu het hier ‘slechts’ om een – vermoedelijk incidentele – schending van de persoonlijke levenssfeer lijkt te gaan. Kortom: ook al heeft de feitenrechter een toch niet onbelangrijke steek laten vallen, dat leidt niet tot een nieuwe ronde met nieuwe kansen.

3. In *NJ* 2014/105 heeft het gerechtshof naar het oordeel van de Hoge Raad ten onrechte aangenomen dat een onderzoek aan de kleding, waarbij gereedschap en een bivakmuts is aangetroffen, kon plaatsvinden op grond van artikel 9 lid 2 Opiumwet. Die bevoegdheid bestond hier niet, omdat de daarvoor vereiste ernstige bezwaren niet konden worden ontleend aan het hebben van antecedenten op het gebied van de Opiumwet, ook niet in combinatie met de door het gerechtshof vastgestelde feiten en omstandigheden (die – zo voeg ik toe – immers juist geheel duiden op betrokkenheid bij woninginbraken en geenszins op een in de Opiumwet strafbaar gestelde gedraging). Het onderzoek aan de kleding zoals dat heeft plaatsgevonden, moet daarom – aldus de Hoge Raad – als onherstelbaar vormverzuim worden aangemerkt.

Ook in deze zaak stelt de Hoge Raad vast dat het in feitelijke instantie gevoerde verweer strekte tot bewijsuitsluiting, waaraan nog – veelbetekenend – wordt toegevoegd dat het verweer niet erop was gericht dat door het optreden van de politie artikel 6 EVRM zou zijn geschonden. Ook brengt de Hoge Raad naar voren dat door de verdediging niet is aangevoerd in welk concreet belang de verdachte is geschaad en welk nadeel – anders dan de ontdekking van het strafbare feit – de verdachte door het vormverzuim heeft ondervonden. De toon is daarmee dezelfde als in *NJ* 2014/106: als de aan het verweer ten grondslag liggende argumentatie in het licht van de door de Hoge Raad ontwikkelde criteria reeds niet leidt tot het bepleitte rechtsgevolg, blijft cassatie achterwege, ook al is het arrest van de feitenrechter niet volgens het boekje geweest.

Maar er is meer dat de aandacht trekt. A-G Aben brengt in zijn conclusie bij *NJ* 2014/105 naar voren dat vernietiging van het arrest van het gerechtshof achterwege kan blijven omdat het verweer alleen maar had kunnen worden verworpen. Hij voert daartoe aan dat, gelet op de informatie die blijkens de feitelijke vaststellingen van het gerechtshof op het moment van het politieoptreden reeds bekend was, de opsporingsambtenaren bevoegd waren om tot aanhouding over te gaan en dat zij dan op grond van artikel 56 Sv tot onderzoek aan de kleding hadden kunnen overgaan. Daarmee stond een ‘rechtmatig alternatief’ open. A-G Aben zoekt hierbij aansluiting bij een redeneerwijze die in de rechtspraak impliciet is aanvaard en die erop neerkomt dat bewijsuitsluiting achterwege mag blijven wanneer het desbetreffende materiaal zeer waarschijnlijk ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen. (Vgl. onder andere *NJ* 2013/308, rov. 2.7.5, waar de Hoge Raad een dergelijke redeneerwijze plaatst in de context van de ernst van het verzuim. Zie voorts Embregts, in: Melai/Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, aantekening 5.10 op artikel 359a.)

In lijn met de conclusie van A-G Aben brengt de Hoge Raad in rov. 2.7.4 naar voren dat de opsporingsambtenaren voldoende ernstige bezwaren hadden kunnen aannemen ter zake van betrokkenheid bij woninginbraken. De argumentatie van de Hoge Raad neemt dan echter een andere wending, doordat wordt overwogen dat de enkele omstandigheid dat het onderzoek aan de kleding heeft plaatsgevonden toen de verdachte nog niet (vanwege die woninginbraken) was aangehouden en aan dit in artikel 56 Sv gestelde vereiste nog niet was voldaan, niet kan worden aangemerkt als een schending in

aanzienlijke mate van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of beginsel. Het zou te stellig zijn om nu te beweren dat de Hoge Raad hier redeneert langs de lijn van een 'onrechtmatig alternatief', maar het zit er wel dicht tegenaan. Want in de kern brengt de Hoge Raad naar voren dat een onderzoek aan de kleding als bedoeld in artikel 56 lid 1 Sv op basis van ernstige bezwaren, zij het niet volgend op aanhouding, (in principe) niet tot bewijsuitsluiting noopt. De Hoge Raad lijkt hiermee vooral te willen zeggen dat het probleem in deze zaak, op de keper beschouwd, niet veel meer om het lijf heeft dan dat het onderzoek aan de kleding voorafgaand aan een aanhouding heeft plaatsgevonden, terwijl dat – achteraf bezien – even goed in een omgekeerde en daarmee juiste volgorde had kunnen geschieden. Wat is dan nog het nadeel dat de verdachte heeft geleden doordat de opsporingsambtenaren ten onrechte meenden een bevoegdheid te kunnen ontlenen aan de Opiumwet?

Het arrest *NJ* 2014/105 lijkt daarmee ten opzichte van *NJ* 2014/106 een extra dimensie te bevatten, namelijk dat bij de inkleding van een op bewijsuitsluiting gericht verweer ook oog dient te bestaan voor (op zichzelf niet onwaarschijnlijke) alternatieve scenario's waarin hetzelfde bewijsmateriaal langs een andere weg – rechtmatig of onrechtmatig – zou zijn verkregen, waarbij zo nodig moet worden toegelicht waarom ook in het licht van die scenario's bewijsuitsluiting nog steeds het aangewezen rechtsgevolg is. Indien dit inderdaad hetgeen is dat de Hoge Raad voor ogen staat, dan wordt daarmee een zeer stevige eis gesteld aan de onderbouwing van het verweer door de verdediging.

4. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in *NJ* 2014/105 een welhaast feitelijk oordeel velt door te overwegen dat de opsporingsambtenaren voldoende ernstige bezwaren hadden kunnen aannemen ter zake van de betrokkenheid van de verdachte bij woninginbraken. In zijn algemeenheid lijkt de Hoge Raad het oordeel dat in een bepaalde situatie ernstige bezwaren aanwezig waren, als een (overwegend) feitelijk oordeel op te vatten, en dus als een oordeel dat aan de feitenrechter toekomt en in cassatie alleen op begripelijkheid kan worden getoetst (vgl. HR 18 februari 1997, *NJ* 1997/441, HR 12 februari 2006, *ECLI:NL:HR:2006:AU8064* en HR 6 april 2010, *NJ* 2010/216). Natuurlijk, de Hoge Raad neemt hier de door het gerechtshof vastgestelde feiten en omstandigheden nadrukkelijk tot uitgangspunt, zodat men kan stellen dat de Hoge Raad alleen volstaat met het aanduiden van een gevolgtrekking die men daaraan zou mogen ontlenen. En het is ook niet voor het eerst dat de Hoge Raad – achteraf – een duiding geeft aan de door de feitenrechter vastgestelde feiten en omstandigheden teneinde te rechtvaardigen dat niet tot bewijsuitsluiting wordt overgegaan (vgl. bijvoorbeeld *NJ* 2011/561). Bedacht moet niettemin worden dat in deze zaak het gerechtshof niet zelf ernstige bezwaren ter zake van woninginbraken heeft aangenomen en dat het debat in feitelijke instantie daar ook niet op gericht lijkt te zijn geweest. Had het, gegeven de betekenis die de Hoge Raad toekent aan het kunnen hebben aannemen van die ernstige bezwaren, dan toch niet meer voor de hand gelegen om de zaak te casseren en terug te wijzen? Wellicht zou het gerechtshof dan, al dan niet op verzoek van de verdediging, aanleiding hebben gezien om de betrokken opsporingsambtenaren (nader) aan de tand te voelen over de feitelijke gang van zaken en toentertijd beschikbare informatie. Ook lijkt het mij een redelijk uitgangspunt dat pas van de verdediging wordt verwacht dat zij ingaat op een alternatief scenario of een alternatieve duiding van de feiten, wanneer dat alternatief duidelijk op tafel is gelegd, door het openbaar ministerie of eventueel door de zittingsrechter (vgl. *NJ* 2013/308, rov. 2.7.5, waarin de last om de voor een alternatieve scenario relevante feiten te verschaffen in beginsel bij het openbaar ministerie wordt gelegd). Of zou in deze zaak de betrekkelijk magere inkleding van het verweer – waarin niet specifiek het onderzoek aan de kleding,

maar slechts de daaraan voorafgaande staandehouding werd gehegeld – de Hoge Raad ertoe hebben gebracht zelf duiding te geven aan de ernstige bezwaren die jegens de verdachte bestonden?

5. In de aanloop naar de introductie van artikel 80a Wet RO is veel aandacht besteed aan de (soms te kortschietende) kwaliteit van cassatieschriften en in het verlengde daarvan aan de wenselijkheid om in de nabije toekomst kwaliteitseisen te stellen aan in cassatieprocedures optredende advocaten. De cassatieprocedure kan echter niet los worden gezien van het optreden in feitelijke instantie. Duidelijk mag zijn dat de kans van slagen in cassatie vrij makkelijk kan worden verspeeld door een gebrekkige of ontoereikende inkleding van verweren in feitelijke instantie. Dat klinkt niet alleen door in de rechtspraak met betrekking tot artikel 359a Sv, maar die rechtspraak brengt dat misschien wel het meest pregnant tot uitdrukking. Onmiskenbaar neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat een strafpleiter zijn of haar vak verstaat. De Hoge Raad wil die strafpleiter niet alleen inscherpen dat een verweer steeds aan alle eisen moet voldoen. Ook geeft de Hoge Raad het signaal af dat het voeren van een verweer alleen zinvol is wanneer, gegeven de geldende regels, het beoogde doel met de in het verweer ontvouwde argumentatie kan worden bereikt. En daarmee laat de Hoge Raad subtiel doorklinken dat het soms beter is om een verweer achterwege te laten of – nu vormverzuimen tot verschillende rechtsgevolgen kunnen leiden – om minder hoog in te zetten.